

《钦定大清刑律》

立法的现代化研究（总则犯罪论部分）

林乐鸣 著



中国政法大学出版社

《钦定大清刑律》

立法的现代化研究（总则犯罪论部分）

林乐鸣 著



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

《钦定大清刑律》立法的现代化研究. 总则犯罪论部分 / 林乐鸣著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 12

ISBN 978-7-5620-6532-6

I. ①钦… II. ①林… III. ①刑律—立法—研究—中国—清代 IV. ①D924.02

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第294791号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱	fadapress@163.com
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	6.75
字 数	175 千字
版 次	2015 年 12 月第 1 版
印 次	2015 年 12 月第 1 次印刷
定 价	29.00 元

目 录

绪 论	1
-----------	---

第一编 《钦定大清刑律》关于犯罪成立原则及 犯罪成立条件之体系的规定

第一章 《钦定大清刑律》关于犯罪成立原则的规定	
——罪刑法定原则的确立	17
第一节 中国古代刑法与近代西方刑法在犯罪成立 原则上的区别	
——类推擅断与罪刑法定	17
第二节 《钦定大清刑律》对于罪刑法定原则的引入 及其传承	28
第二章 《钦定大清刑律》关于犯罪成立条件之体系的规定 ...	41
第一节 近代西方国家关于犯罪成立条件之体系的理论	
——犯罪论体系概述	41
第二节 《钦定大清刑律》在犯罪成立条件体系上的 开创性	47

第二编 《钦定大清刑律》关于犯罪 成立具体要素的规定

第三章 《钦定大清刑律》关于违法阻却事由的规定·····	60
第一节 近代西方国家关于违法阻却事由的立法例·····	60
第二节 中国古代法律对相关正当化行为的规定·····	66
第三节 《钦定大清刑律》在违法阻却事由规定上的 现代化特征·····	68
第四章 《钦定大清刑律》关于刑事责任能力的规定·····	73
第一节 刑事责任能力概述·····	73
第二节 《钦定大清刑律》在刑事责任年龄规定上的 现代化特征·····	75
第三节 《钦定大清刑律》对于精神病人、生理缺陷者之 刑事责任能力规定的现代化特征·····	85
第五章 《钦定大清刑律》关于主观罪过的规定·····	96
第一节 《钦定大清刑律》关于犯意的规定·····	96
第二节 《钦定大清刑律》关于认识错误的规定·····	103

第三编 《钦定大清刑律》关于犯罪形态的规定

第六章 《钦定大清刑律》关于未遂犯的规定·····	112
第一节 近代西方国家关于未遂犯的立法例·····	112
第二节 中国古代有关未遂犯的规定·····	119
第三节 《钦定大清刑律》对于未遂犯规定的 现代化特征·····	121

第七章 《钦定大清刑律》关于共同犯罪的规定	126
第一节 《钦定大清刑律》对于共同犯罪的界定	127
第二节 《钦定大清刑律》对于共同犯罪人的分类	137
第三节 《钦定大清刑律》关于共犯处罚的规定	147
第八章 《钦定大清刑律》关于罪数的规定	164
第一节 近代西方国家关于罪数的立法例	165
第二节 中国古代有关罪数的规定	170
第三节 《钦定大清刑律》在罪数问题上的现代化特征 ...	174
结 语	181
附 录 《钦定大清刑律》总则条文	189
参考文献	203
后 记	209

绪 论

一、现代化与中国刑法现代化

(一) 现代化

“现代化”是人们司空见惯、耳熟能详的一个词，大量地出现在各类文章、话语中，但现代化究竟指什么，则众说纷纭，观点不一，因而在研究《钦定大清刑律》立法的现代化之前，有必要先探讨一下“现代化”一词的含义。

“现代化”是西方社会科学研究中的一个术语，出现于20世纪60年代，其英文词汇为“modernization”，是一个动态的名词，意为“to make modern”，即“成为现代的”之意^[1]。而在现代汉语中，“化”字的一个含义就是“后缀，加在名词或形容词之后构成动词，表示转变成某种性质或状态”^[2]。现代是与传统相对应的，因而“现代化”的基本含义是指在性质或状态上从传统向现代转变的过程。

对于“现代化”的内涵，学界几乎没有一致的看法，我国著名历史学家罗荣渠先生对各种观点进行归纳，概括出以下四种含义^[3]：

[1] 参见罗荣渠：《现代化新论——世界与中国的现代化进程》，商务印书馆2004年版，第1页。

[2] 中国社会科学院语言研究所辞典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆1996年版，第543页。

[3] 参见罗荣渠：《现代化新论——世界与中国的现代化进程》，商务印书馆2004年版，第9~17页。

1. 现代化指近代资本主义兴起后的特定国际关系格局下，经济上落后的国家通过大搞技术革命，在经济和技术上赶上世界先进水平的历史过程。

2. 现代化实质上就是工业化，即经济落后的国家实现工业化的进程。

3. 现代化是自科学革命以来人类急剧变动过程的统称，不仅限于工业领域或经济领域，同时也发生在知识增长、政治发展、社会动员、心理适应等各个方面。

4. 现代化主要是一种心理态度、价值观和生活方式的改变过程。

其实，上述四种观点并非彼此对立，而是相辅相成、各有侧重，综合起来说明现代化的过程包含了经济、政治、文化等多个层面。因而笔者主张对于“现代化”应作广义理解，即认为现代化是指社会的经济、政治、文化等各个方面从传统向现代转变、发展的过程。

从这一定义出发，可以总结出现代化具有以下四个特点：

1. 复杂性。现代化包含多个方面，绝不仅限于经济的发展，社会中政治、文化、思想的革新都是其应有的内涵。正如有学者指出：“实际上，现代化是一个更加综合的概念，它不仅仅是指生产方式的转换或工艺技术的进步，它还是一个民族在其历史变迁过程中文明结构的重新塑造，是包括经济、社会、政治、观念和文化诸层面在内的全方位变革。”^{〔1〕} 由于法律是社会中上层建筑的重要组成部分，因而法制的现代化是现代化中的重要组成部分。

2. 长期性。“路漫漫其修远兮”，现代化是一个长期的历史过程，难以一蹴而就，其起点明确，但未必有终点，因为随着人类社会的发展，所追求的价值也会发生变化，在一个阶段完成之后又会

〔1〕 王平：《中国监狱改革及其现代化》，中国方正出版社1999年版，第4页。

有新的追求,从而开始下一个阶段,呈现出一种递进式的发展,因而现代化更像是一条射线而不是一条线段。正如有学者在论述刑罚现代化时所指出的,自开端以来,每个时代都把自身视为“现代”,都有着自己对“现代”的理解和把握,每个时代都在实现自己的“现代化”,而当新时代代替旧时代时,又会有新的“现代化”之需求和努力。^{〔1〕}此外,有学者将现代化划分为第一次现代化(从农业时代向工业时代的转变)和第二次现代化(从工业时代向知识时代的转变),指出第二次现代化不是人类历史的终结,将来还有新的发展。^{〔2〕}这些都说明现代化的长期性。

3. 方向性。虽然现代化的过程漫长,但其方向是明确的,即从传统向现代,尽管某一过程中可能会出现倒退,但总体的趋势是不可逆的。罗荣渠先生指出,“‘现代’(modern)一词在英文里至少有两层含义:一是作为时间尺度,泛指从中世纪结束以来一直延续到今天的一个‘长时间’;二是作为价值尺度,指区别于中世纪的新时代精神与特征”^{〔3〕}。我国历史上并没有“中世纪”的说法,通常认为,与西方“中世纪”相当的社会形态是我国长期的封建专制社会,因而我国现代化的方向是从封建专制社会向现代民主社会转变。

4. 进步性。现代化是一种进步的趋势,人类历史不能割裂传统,传统中也有很多好的东西值得继承,同时人类社会在现代化的过程中也出现了诸如环境污染、生态破坏、经济危机周期发生、种族冲突等一系列问题,从而产生了后现代化、再现代化、第二次现

〔1〕 参见郝方昉:《刑罚现代化研究》,中国政法大学出版社2011年版,第5页。

〔2〕 参见何传启:“第二次现代化理论——兼谈世界现代化研究的三个新热点”,载北京大学世界现代化进程研究中心主编:《现代化研究》(第一辑),商务印书馆2002年版,第148~164页。

〔3〕 参见罗荣渠:《现代化新论——世界与中国的现代化进程》,商务印书馆2004年版,第6页。

代化等理论思潮^{〔1〕}，但从总体上看，现代化的确使人类社会获得了飞速的发展，同时这些问题也是可以治理的，因而现代化是在批判地继承传统的基础上追求更高层次的进步，是一种“否定之否定”，其进步性不可否认，正如西方有学者指出：“现代化毕竟是社会现实中的希望之星，是前所未有的生活方式的飞跃。现代化是社会唯一普遍的出路。”^{〔2〕}

（二）法制现代化与中国刑法现代化

美国学者塞缪尔·亨廷顿指出：“现代化是一个包含了人们思想和行为的各个领域变化的多方面进程。”^{〔3〕}现代化是人类社会全方位的变革，因而法制现代化是其中重要的组成部分。法制现代化表现为一个国家或地区从法的精神到法的制度的整个法律体系逐渐反映、适应和推动现代文明发展趋向的历史过程。^{〔4〕}法制现代化作为现代化的一个层面也具有现代化的复杂性、长期性、方向性、进步性的特征，正如有学者指出：“法制现代化是一个从人治社会向现代法治社会的转型过程，是人治型的价值—规范体系向法治型的价值—规范体系的变革过程。从传统法制向现代法制的历史更替过程是相当复杂的。”^{〔5〕}

中国作为世界上人口最多的国家、最古老的民族之一，刑法作

〔1〕 详见何传启：“第二次现代化理论——兼谈世界现代化研究的三个新热点”，载北京大学世界现代化进程研究中心主编：《现代化研究》（第一辑），商务印书馆2002年版，第148～164页。

〔2〕 〔美〕M. J. 列维著，吴荫译：《现代化的后来者与幸存者》，知识出版社1990年版，第2页。

〔3〕 〔美〕塞缪尔·P. 亨廷顿著，王冠华等译：《变动社会中的政治秩序》，上海译文出版社1988年版，第32页。

〔4〕 舒国滢主编：《法制现代化的理论基础》，知识产权出版社2010年版，第85页。

〔5〕 公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社1999年版，第65～66页。

为法律部门中重要的组成部分，中国刑法现代化的进程颇值得关注。根据上述法制现代化的含义，中国刑法现代化是指中国刑法精神和制度从传统向现代、从专制向民主、从野蛮到文明发展进步的历史过程，其开端于清末变法修律，百年来经历过风风雨雨但一直在曲折中前进。今天我国刑法的发展进步也是中国刑法现代化历史进程中的一个阶段。

有学者将现代化过程归纳为两种不同的类型^{〔1〕}：一类是内源的现代化，指由社会自身力量产生的内部创新，经历漫长过程的社会变革的道路，多体现为一个自发的、自下而上的、渐进变革的过程；另一类是外源的现代化，指在国际环境的影响下，社会受外部冲击而引起内部的政治和思想变革并进而推动经济变革的道路，多体现为一个激烈的、自上而下的、急速的剧变。美国社会学家吉尔伯特·罗兹曼主编的《中国的现代化》一书中将进行现代化的国家分为早期现代化国家（主要是英国、法国和美国）和成功的后来者（诸如日本与俄国）。前者是在很长一段时期内，循序渐进地转变了本国的各种本土因素；而后者则在很大程度上依靠借鉴外来模式并迅速扩张或更换现存结构。中国被归入后者，即主要体现出一种外源性^{〔2〕}。

同中国法制现代化的路程一样，中国刑法现代化至少在开端期体现出明显的外源性特征，尽管其间有多种外部因素和内部因素共同作用，但起主导性作用的是来自西方的人侵与压力，即外部因素。正如我国台湾地区著名学者黄源盛教授所言：“（清末）列强挟其武威，用炮舰政策，把原本天朝大国自成体系的外壳摧毁，此乃源于‘外发的压力’，甚至可以说，中国法制现代化的开端，是

〔1〕 参见罗荣渠：《现代化新论——世界与中国的现代化进程》，商务印书馆2004年版，第131～132页。

〔2〕 参见〔美〕吉尔伯特·罗兹曼主编，国家社会科学基金“比较现代化”课题组译：《中国的现代化》，江苏人民出版社2010年版，第4页。

一种‘防卫的近代化’。”^{〔1〕}这种外源性特征决定了中国刑法现代化的参照与范本是先进的西方法律，决定了中国刑法现代化主要呈现出一种与传统决裂的剧变过程，同时也决定了中国刑法现代化的道路必将是漫长而又曲折的。

（三）中国刑法现代化的开端——《钦定大清刑律》^{〔2〕}

正如在数学上要研究射线，首先要确定其端点，要研究中国刑法现代化，首先要关注的就是其开端的情况。学界通常认为《钦定大清刑律》是中国刑法现代化的开端。例如民国时期著名刑法学者王觐先生指出：“迄清末叶，修律大臣沈家本，聘日本冈田氏，参酌各国刑法，折衷历朝旧制，而成新刑律，于是我国刑制始告革新。”^{〔3〕}我国台湾地区著名刑法学者林山田先生也指出：“清朝政

〔1〕 黄源盛：《法律继受与近代中国法》，（台湾）元照出版有限公司2007年版，第48页。在原文中，黄源盛教授通过引用金耀基教授《从传统到现代》一书对“防卫的近代化”进行了解释，意指某些非西方国家的近（现）代化之主要动机，并非发自社会的内部，而是来自社会的外部，为求免于西方优势的政治、经济侵袭，非求得国家的安定与力量不可。

〔2〕 对于《钦定大清刑律》的名称，学界习称之为《大清新刑律》，但考虑到该法典已于宣统二年十二月二十五日（公历1911年1月25日）由清廷颁行，因而为严谨起见，笔者认为还是称呼该部法典《钦定大清刑律》为宜。对此，卞修全教授在其参编的《中国法制史》教材中指出：“《钦定大清刑律》，即学界广为传称的《大清新刑律》。笔者先后在南开大学特藏部和中国政法大学图书馆特藏部查到宣统三年六月刊刻的《钦定大清刑律》单行本，其内容与学术界通说的《大清新刑律》相同。这部法典当时以钦定大清刑律之名正式颁布，故应采用规范名称。”（马志冰主编：《中国法制史》，北京大学出版社2012年版，第241页。）周少元教授在其著作《中国近代刑法的肇端——〈钦定大清刑律〉》的引言中也明确指出：“《钦定大清刑律》这一名称并不为学人经常提及，人们更习惯称之为《大清新刑律》。其实，此种称谓并不准确。……据中国政法大学图书馆所藏宣统三年六月刊印的股本，的确以《钦定大清刑律》为正式名称。故本书采用《钦定大清刑律》这一名称。”（周少元：《中国近代刑法的肇端——〈钦定大清刑律〉》，商务印书馆2012年版，第3页。）笔者完全同意卞修全教授和周少元教授的观点，故行文中均称《钦定大清刑律》。但需要注意的是，本书所引用的著作中有些称之为《大清新刑律》，有些称之为《钦定大清刑律》，二者所指的其实是同一部法典。

〔3〕 王觐著，姚建龙勘校：《中华刑法论》，中国方正出版社2005年版，序。

府为了应付列强的压迫……于1904年设立修订法律馆，1906年延聘日本学者冈田朝太郎从事新刑法的起草工作，至1908年完成《新刑律草案》。这部草案可谓中国刑法现代化的开端……”〔1〕吴允锋教授也指出：“中国刑事法律体系以及刑法学转型的基本标志是沈家本在20世纪引进西方立宪法治思想和现代法律体系，主持进行具有深远历史影响的变法修律运动。……《大清新刑律》以现代刑法思想为观念基础，采用了西方国家（主要是德国、日本）刑法的基本原则和制度，是中国第一部现代意义上的刑法典。……它标志着近现代刑法体系、刑法观念在中国的落地生根，是中国刑法现代化的发端。”〔2〕

光绪二十八年（1902年），清政府下诏：“现在通商交涉，事益繁多，著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，细心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。”〔3〕按照上谕的精神，修律大臣沈家本聘请日本著名刑法学家冈田朝太郎帮助制定新法典。然而，在新刑律的起草过程中，不断受到礼教派的攻击与诘难。在这种情况下，沈家本深感新刑律的制定一时难以完成，而原有的《大清律例》又有种种弊端，所以光绪三十四年（1908年）沈家本等上《奏请编定现行刑律以立推行新律基础折》，指出“现在新律之颁布，尚须时日，则旧律之删订，万难再缓”〔4〕，所以奏请编定现行刑律作为推行新刑律的基础，现行刑律的编订工作于1909年完成，宣统二年四月七日（1910年5月15日）颁行《钦定大清现行刑律》，共30篇，律文389条。虽

〔1〕 林山田：《刑法通论》（上册），北京大学出版社2012年版，第56页。

〔2〕 陈瑾昆著，吴允锋勘校：《刑法总则讲义》，中国方正出版社2004年版，前言。

〔3〕 怀效锋主编，李俊、王志华、王为东点校：《清末法制变革史料（刑法、民商法编）》，中国政法大学出版社2010年版，第3页。

〔4〕 怀效锋主编，李俊、王志华、王为东点校：《清末法制变革史料（刑法、民商法编）》，中国政法大学出版社2010年版，第57页。

然《大清现行刑律》的颁布早于《钦定大清刑律》，并且其中也有一些改良之处，但应该看到的是，《大清现行刑律》只是一部过渡性的法典，不论在体例上还是在内容上更多的都是对《大清律例》的继承，与西方近代刑法典相去甚远，因袭远胜于革新，因而充其量只能说是中国刑法近代化的萌芽而不能说是开端。其实，对于《大清现行刑律》的过渡性，沈家本在《奏请编定现行刑律以立推行新律基础折》中有着清楚的认识：“一俟新律颁布之日，此项刑律再行作废，持之以恒，行之以渐，则他日推暨新律，不致有扞格之虞矣。”^{〔1〕}黄源盛教授在其著作《法律继受与近代中国法》中对《大清现行刑律》则有着客观而又精当的评价：“纵览《大清现行刑律》，仍是一片古色苍然。……事实上，《大清现行刑律》的编修也采取稳健、渐进的方式，对旧律例并未有突破性的变革，从而原《大清律例》所具有的基本精神也未受动摇。……其与《大清律例》相比，虽有若干体制上的更修，却未见实质的变革。充其量，仅能视为清廷为应付局势，所作的过渡性措施而已。……他（指沈家本——笔者注）深知，要更改法制，要汰旧用新，并非易事；此时，他实在无法，也不能放手有所作为，仅能依修律向章，大抵删移归并者为多，与新刑律少所印证。但他念兹在兹的是，即将继受欧陆法制《大清新刑律》的崭新立法，只因一时无法折服守旧派的反对，在新法未出，旧律又未能遽废之时，乃不得不有《大清现行刑律》过渡性的立法，此种‘明修栈道，暗度陈仓’的妙用，可以看出沈家本的智慧与无奈。”^{〔2〕}

因而，从立法角度讲，中国刑法现代化的肇端当属《钦定大清

〔1〕 怀效锋主编，李俊、王志华、王为东点校：《清末法制变革史料》（刑法、民商法编），中国政法大学出版社2010年版，第58页。

〔2〕 黄源盛：《法律继受与近代中国法》，（台湾）元照出版有限公司2007年版，第182~194页。

刑律》无疑，而这正是本书的研究对象。刑法是规定犯罪与刑罚的法律，量刑的基础是定罪，因而刑法总则中犯罪论^{〔1〕}的问题尤为重要，中国犯罪论立法的现代化是中国刑法现代化中的一个重要问题。本书采立法论的立场，以《钦定大清刑律》总则犯罪论部分的具体规定为研究对象，通过中西对比、古今参照来说明《钦定大清刑律》在立法上的现代化特征。

对于“中西对比”有两点需要加以说明：一是西方国家的法律不仅有法、德、意等国家为代表的大陆法系，还有以英、美等国家为代表的海洋法系，前者以成文法为特征，后者以判例法为特征。由于近代以来中国法律主要是受大陆法系的影响，海洋法系的影响甚微，甚至直到今天依然如此，特别是清末变法时期，其立法直接以德日的法律为模板，因此本书中所称的西方国家是指大陆法系国家（主要是德日），对英美法律则不加探讨。二是日本虽然在地理上位于东亚，与中国为邻，历史上受中国文化影响颇深，但自明治维新起，日本逐步脱亚入欧，以大陆法系国家的法律为模板构建了自己的法律体系，极具现代化特征，因而近代的日本法律应归入西方大陆法系的范畴，本书正是在此意义上将日本归入所谓的“西方国家”。

对于“古今参照”需要说明的是：由于新中国成立后废除了民国的“六法全书”，改学苏联的法律，因而《中华人民共和国刑法》与《钦定大清刑律》以及民国时期的刑法并非同源，没有直接的传承关系，鉴于此，本书对于《中华人民共和国刑法》的内容不予涉及，不将其与《钦定大清刑律》进行对照，因而这里的

〔1〕 需要指出的是，犯罪论与刑罚论是学界对于刑法典的通常划分，前者规定的是关于犯罪的问题（定罪问题），后者规定的是关于刑罚的问题（量刑问题）。实际刑法典中通常并没有“犯罪论”与“刑罚论”的字眼，《钦定大清刑律》即是如此，但这并不影响以这两个视角对一部刑法典进行分析。

“今”在时间上截止到民国时期。

二、现有的研究状况与本书的研究进路

(一) 现有的研究状况概述

对于中国刑法现代化（近代化）以及《钦定大清刑律》，学界关注并不多，只有少数专著及论文对此有所涉及。典型的如田宏杰教授的专著《中国刑法现代化研究》（中国方正出版社 2000 年版）、周少元教授的专著《中国近代刑法的肇端——〈钦定大清刑律〉》（商务印书馆 2012 年版）、高汉成教授的专著《签注视野下的〈大清刑律〉草案研究》（中国社会科学出版社 2007 年版）、王敏教授的专著《规范与价值：近代中国刑事法制的转型》（法律出版社 2008 年版）、徐岱教授的专著《中国刑法近代化论纲》（人民法院出版社 2003 年版）、黄源盛教授的专著《法律继受与近代中国法》（台湾元照出版有限公司 2007 年版）、杨建军博士的专著《中国近代化刑法进化论纲》（中国法制出版社 2011 年版）等以及为数不多的论文。

由于中国刑法现代化以及《钦定大清刑律》的研究是一个交叉性的问题，兼跨刑法学与法史学，因而上述成果因作者研究方向的不同其视角、内容也各有侧重：刑法学者习惯于将其作为中国刑法现代化历程中的一个小插曲并以西方法律为参照、使用规范分析的眼光对其做出评价，虽然论证专业，但由于史料搜集的缺乏往往语焉不详甚至有不少想当然的成分^[1]，在一定程度上忽视了《钦定

[1] 例如田宏杰教授在其专著《中国刑法现代化研究》中指出：“实际上，按照沈家本上述修律指导思想制定的《大清新刑律》（草案），只有部分内容是对西方近代刑法理论和刑法原则的借鉴和移植，封建礼教传统在其中仍得到了很大程度的保留，就连亲手参加起草《大清新刑律》的日本法学博士冈田朝太郎自己也承认，《大清新刑律》（草案）是重视礼教的。”（田宏杰：《中国刑法现代化研究》，中国方正出版社 2000 年版，第 42 页。）这一评价明显是没有立足《钦定大清刑律》的条文，不够中肯，带有一些想当然的成分，笔者将在下文中全面论述《钦定大清刑律》在犯罪论立法上的现代化特征。

大清刑律》所具有的巨大革新意义；而法史学者则习惯于从史料搜集、整理的角度出发，侧重立法的背景与过程，运用历史学的眼光与方法对中国刑法现代化开端期的历程进行平铺式的叙述，虽然史料丰富，但缺少刑法专业知识与视角，阐述深度不够，往往笼统地说《钦定大清刑律》吸收了近代西方先进的刑法理论，是中国第一部近代化的刑法典，至于其新在何处、究竟如何吸收西方先进理论、其现代化特征又具体体现在哪些方面等问题则全无深入的分析论述。

总之，尽管不同知识背景的学者从不同的视角、使用不同的方法对《钦定大清刑律》的现代化特征进行过研究，但囿于学科的专业性各有侧重、缺少融通，现有成果对于《钦定大清刑律》立法的研究不够完善。

（二）本书的研究主旨

如上所述，本书的主题是一个刑法学与法史学的交叉课题，首先要明确的是刑法史在刑法学中的地位和意义如何。对于这个问题，可以借鉴美国著名哲学家、伦理学家阿拉斯代尔·麦金太尔（Alasdair Macintyre）对于伦理学史在伦理学研究中的意义的论述。麦金太尔教授在其著作《伦理学简史》的第一章中首先论述了伦理学史的哲学意义：“人们论述道德哲学，总把这一学科的历史看成好像只有从属的和次要的意义。这种态度似乎是这样一种信念的产物：道德概念可以离开它们的历史来进行考察和理解。……然而，正如桑塔亚那的名言所示：一个对于哲学史无知的人注定仅能重复哲学史上所发现的论点。因此，我所希望的是，在涉及概念分析时，将历史的作用呈现得更为清晰。如果把哲学的分析与历史性研究分离开来，那就很容易使哲学分析得不到校正。”^{〔1〕}即伦理学史

〔1〕〔美〕阿拉斯代尔·麦金太尔著，龚群译：《伦理学简史》，商务印书馆2003年版，第23～26页。